

Juízo hierárquico. Inexistência.

HC 42.162 do Superior Tribunal de Justiça.

Celio Lobão*

Ao conhecer de decisão do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, que rejeitou preliminar de irregularidade na formação do Conselho Especial da 4ª Auditoria (Apel Crim. 5.142, do TJMSP), o STJ deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou nulo o julgamento realizado na primeira instância da Justiça Militar estadual. A ementa do acórdão tem a redação seguinte:

“Justiça Militar. Conselho Especial de Justiça (incompetência). Formação (irregularidade). Juízo hierárquico (não-observância do critério de antiguidade). Nulidade absoluta (caso). 1. No julgamento de coronel da reserva da Polícia Militar – último posto da hierarquia militar estadual – todos os integrantes do Conselho Especial devem ser da mesma patente, porém mais antigos que o acusado. 2. À vista disso, não é lícito aceitar que um coronel da reserva que foi superior hierárquico possa, apenas porque se encontra na reserva, ser julgado por subordinado que o alcançou no último posto. 3. Caso em que, na composição do Conselho Especial de Justiça, quatro membros que participaram do julgamento eram mais modernos que o paciente, evidenciando-se, assim, a nulidade absoluta. 4. Ordem de *habeas corpus* concedida para se declarar nulo o julgamento realizado” (HC 42.162).

Pinçamos as seguintes considerações do voto do Relator do acórdão: “A alegação que se me apresenta com fôlego é aquela que se refere à incompetência do Conselho Especial de Justiça. Nesse particular, recupero o seguinte trecho do pedido formulado pelo paciente no Tribunal de origem. Nada obstante isso, quando processado perante a 4ª Auditoria dessa Justiça especializada, o Conselho Especial foi formado Juizes incompetentes. Sim, porque os quatro coronéis que o compuseram contam com antiguidade menor que a do ora requerente. (trecho do acórdão). Feitas tais ponderações, não é lícito, a meu juízo, aceitar que um coronel da reserva que foi superior hierárquico possa, só porque se encontra na situação de reserva, ser julgado por subordinado que o alcançou no último posto. Notória,

portanto, a irregularidade na composição do Conselho Especial de Justiça. Visando esclarecer o alcance da nulidade ocorrida — se relativa ou absoluta —, colho estas passagens do Código de Processo Penal Militar (trecho do acórdão) Ao que consta dos autos, quatro dos membros que participaram do Conselho Especial eram mais modernos que o paciente. Fica evidenciada, pois, a nulidade absoluta; em consequência, sendo absoluta, a nulidade não preclui nem se considera sanada; pode ser arguida em qualquer tempo e grau de jurisdição. Vejam que, no caso, a nulidade foi arguida antes mesmo de apreciada a apelação da defesa”.

A origem do denominado “juízo hierárquico” vem relatada no Proc. Admin. 35.871/2003 do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo: O Cap PM de São Paulo, Roberto Botelho, publicou, na Revista ‘A Força Policial’, “um artigo intitulado ‘Poder Hierárquico e Poder Disciplinar — precedência ‘versus’ antiguidade’, no qual sustentou a tese de que o Juiz Militar integrante do Conselho Especial de Justiça deve ser mais antigo do que o réu, não bastando ter sobre ele precedência funcional, razão pela qual sempre que um coronel da reserva estiver na condição de réu, outros coronéis da reserva, mais antigos do que aquele, deverão ser revestidos ao serviço ativo para comporem o Conselho de Justiça”.

“Essa mesma tese foi defendida, posteriormente, pelo Dr. Ronaldo João Roth, Juiz de Direito da 1ª Auditoria desta Especializada, no livro de sua autoria intitulado ‘Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional’, editado em 2003. No mesmo esteio, o Cap PM Vander Ferreira de Andrade publicou na edição 43 da Revista ‘A Força Policial’ (referente ao trimestre de julho/agosto/setembro de 2004) artigo sob o título ‘O princípio do juízo hierárquico e a reversibilidade de Coronéis da reserva PM para o serviço ativo’, sustentando o mesmo posicionamento dos dois autores citados anteriormente”.

Vander Ferreira de Andrade, professor de Direito Penal da IMES, publicou o mesmo artigo na Revista de Direito Penal Militar, da AMAJME, número 45, ano VIII, jan/fev 2004, pags. 10 a 14, sob o título

*Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar Federal. Aposentado

“O Princípio do Juízo Hierárquico na Justiça Militar”, e que serviu de fundamento da decisão do STJ, como vem indicado ao pé da ementa do acórdão. Assim, a tese recebeu batismo da Corte Superior de Justiça, para ingressar no mundo jurisprudencial do Direito Processual Penal Militar.

Inicialmente, merece reparo a alegação de incompetência do Conselho Especial de Justiça por ter sido “formado com Juizes incompetentes” “porque os quatro coronéis que o compuseram contam com antiguidade menor que a do ora requerente”. Por absurdo, se o Conselho Especial de Justiça não pudesse ser constituído por coronéis mais modernos do que o acusado, coronel da ativa ou inativo, ainda assim, a espécie não era de incompetência de Juiz Militar, e muito menos do Conselho de Justiça.

Com efeito, se existisse o denominado “juízo hierárquico”, os oficiais do mesmo posto e mais modernos do que o acusado, não poderiam concorrer ao sorteio de membros do Conselho Especial, e nem seriam compromissados e investidos na função de Juiz Militar. Dessa forma, como falar em incompetência de quem não é Juiz? Admitindo-se o equívoco de que o Conselho não pode ser constituído por coronéis mais modernos do que o acusado, coronel da ativa ou inativo, o colegiado não estaria constituído, não existiria. Como, então, afirmar que o Conselho era incompetente? Órgão judicante inexistente não é competente, nem incompetente. Simplesmente não existe. Logo, não há como falar-se em “incompetência do Conselho Especial de Justiça”.

Com as merecidas considerações aos ilustres cultores do Direito Penal Militar e Processual Penal Militar, a tese do “juízo hierárquico” é insustentável. Com efeito, na Justiça Militar, o Juízo, o órgão julgador é o Conselho de Justiça, e não parte dele. Logo, denominar o órgão judicante de “juízo hierárquico” resulta no seguinte: ou o Juiz de Direito é superior hierárquico do acusado, assim como os militares, ou o órgão julgador de primeira instância, o “juízo hierárquico” é bipartido: 4/5 do órgão judicante seria constituído de superiores hierárquicos do acusado e 1/5 restante, o magistrado, Juiz de Direito, órgão do Poder Judiciário do Estado, não estaria incluído no tal “juízo hierárquico”!

Segundo o Estatuto dos Militares, “hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas” (art. 14, § 1º).

Hierarquia importa em subordinação, em obediência de quem ocupa grau hierárquico inferior, em relação ao ocupante de grau hierárquico superior. Logo, qualificar o órgão judicante como “juízo hierárquico” indica que o acusado e uma parcela (4/5) do órgão judicante encontram-se em níveis hierárquicos superior e inferior. Não há órgão judicante diante dessa parcela “julgadora”, em posição de subordinação, de obediência hierárquica, radicalmente incompatível com a garantia constitucional do devido processo legal.

Intitular o Conselho Especial de Justiça de “juízo hierárquico” é incompatível com a posição do acusado perante o órgão julgador, como afirma Frederico Marques: o “acusado é sujeito de direitos processuais que ele exerce para tornar efetivo seu direito de defesa (que é o seu direito processual subjetivo de caráter básico e fundamental)” (Trat. de Dir. Proc. Pen., 2º vol., pág. 292). De que forma poderá exercer seu direito de defesa, estando na condição de subordinado, no dever legal de obediência aos militares que constituem a quase totalidade do Conselho, a quase totalidade dos que irão julgá-lo?

Como afirma Tornaghi, um “Código de Processo Penal se faz, acima de tudo, para garantia do acusado”, atribuindo-lhe “verdadeiros direitos subjetivos, que lhe permitem exigir alguma coisa, inclusive do juiz. Demais, muitas das normas das leis de processo penal nada mais são do que a consequência e o desenvolvimento das garantias constitucionais que sem elas seriam palavras ao vento”. (A Relação Processual Penal, págs. 181 e 182) Como, então, sustentar que é possível tornar efetiva as garantias constitucionais do acusado, se a lei processual penal militar, com aprovação jurisprudencial, estabelecesse que o réu se apresentasse em posição de subordinação, de obediência hierárquica diante da quase totalidade de seus julgadores? Lamentável divórcio das “ordenações amantes da justiça” que procuram cercar o acusado “de todas as garantias” (Tornaghi, op. cit., pág. 181).

O mais grave, e que veremos infra, é um órgão judicante com Juizes Militares designados pelo Chefe do Executivo estadual.

Com efeito, na falta de coronéis da ativa mais antigos do que o acusado, em obediência ao “juízo hierárquico”, para “não incidir na pena da quebra do princípio do juízo hierárquico” o comando da PM organizará relação complementar de coronéis da reserva,

que seriam sorteados como Juízes Militares do Conselho Especial, e em seguida revertidos ao serviço ativo “quantos Coronéis forem necessários para atuar na Justiça Militar”. Como se vê, somente após o sorteio, os quatro coronéis inativos (equiparados a civis), serão revertidos, serão convocados (art. 82, I, *b*, do CPPM) para o serviço ativo, a fim de integrarem o Conselho Especial (Vander Ferreira de Andrade, Rev. citada, pág. 13).

A sucessão de violações da lei, no processo de composição do Conselho Especial de Justiça, na forma exposta pelos defensores do “juízo hierárquico”, torna inexistente o órgão julgador.

Primeira violação: o comando da Polícia Militar fará relação complementar composta de civis, tendo em vista que o coronel da reserva é considerado civil pela lei penal militar e pela lei processual penal militar (arts. 9º, III, do CPM, e 82, I, *b*, do CPPM). A Lei de Organização Judiciária Militar, modelo a ser seguido pela lei estadual, determina que somente constarão da relação “oficiais em serviço ativo, com respectivos postos, antiguidade e local de serviço” (art. 19). A condição de militar da ativa dos Juízes Militares vem reiterada no art. 26, *caput*, da mesma Lei de Organização Militar, ao dispor que os Juízes Militares “ficarão dispensados do serviço em suas organizações, nos dias de sessão”.

Segunda violação: trata-se de violação da maior gravidade, impedindo a constituição do Conselho de Justiça. Segundo a lei paulista, citada por Vander Ferreira de Andrade, após o sorteio, serão revertidos ao serviço ativo “quantos coronéis forem necessários para atuar na Justiça Militar”. A conclusão, clara e inofismável, é que, somente depois de sorteados, os quatro coronéis (ainda equiparados a civil) serão revertidos, serão convocados para o serviço ativo, a fim de integrarem o Conselho Especial (Rev. citada, pág. 13). Como consequência, a reversão dos coronéis por ato discricionário do Governador importa na designação de militares para conhecerem de processo específico, como se Juízes fossem, integrando entidade estranha ao Poder Judiciário, composta por militares designados pelo Governador do Estado.

Pode-se argumentar que o Governador não escolhe os militares, limitando-se a reverter ao serviço ativo os que foram sorteados. No entanto, é possível a recusa do Chefe do Estado em reverter os sorteados, obrigando a realização de sucessivos sorteios até que

se apresente ao Chefe do Executivo estadual relação de sorteados, que forem de seu agrado. Ocorre que a constituição do órgão julgador deve inspirar confiança ao acusado e ao próprio Ministério Público, o que não acontece se os militares que julgarão a causa forem designados pelo Governador do Estado.

O princípio do “juízo hierárquico” foi imaginado pelos que o consideram solução única para composição do Conselho Especial, se a antiguidade do acusado, coronel da ativa, excluir a dos demais coronéis igualmente na atividade, ou quando o acusado, coronel inativo, era o mais antigo da corporação, ao passar para a inatividade. Assim sendo, o Conselho Especial seria, obrigatoriamente, composto por coronéis da reserva que, ao passarem para a inatividade, eram mais antigos do que o acusado. Entretanto, não previram a hipótese da antiguidade do acusado, coronel da reserva ou reformado, excluir a de todos os coronéis ativos e inativos. Tal hipótese foi prevista há mais de meio século, pelo Supremo Tribunal Federal, dando-lhe solução em consonância com a garantia da imparcialidade, da independência do órgão judicante, enfim, com a garantia do devido processo legal, conforme veremos a seguir.

Tratava-se de recurso extraordinário, cujo Relator, Min. Hahnemann Guimarães, um dos expoentes do STF, deixou-nos importantes ensinamentos a respeito da formação do Conselho Especial, secundando entendimento do MP de Minas Gerais e do Procurador-Geral da República. O recorrente, tenente-coronel da Polícia Militar de Minas Gerais, alegava que o Conselho Especial deveria ser composto por oficiais de posto superior ao do réu. Lemos no voto do eminente Relator: “Dado o pequeno número de oficiais superiores existentes na Polícia Militar de Minas Gerais, chegar-se-á à impunidade do oficial mais antigo, por não existir outros de maior antiguidade para participar do conselho julgador caso se admitisse a tese defendida pelo recorrente”, (RE 23.271, 2ª T., julg.: 21/07/1953).

Expôs o Procurador de Justiça do então Tribunal Superior da Justiça Militar de Minas Gerais em suas contrarrazões, adotadas pelo Procurador-Geral da República: “Em realidade, nada tem de inconstitucional o fato de haver sido o ora Recorrente julgado por oficiais de patente igual a sua, e como salienta o Recorrido, caso procedessem as alegações do Recorrente estaria este isento de qualquer responsabilidade, pois, sendo o oficial mais antigo dos da sua patente em serviço ativo

da Polícia Militar do Estado, não poderia ser formado o Conselho Especial de Justiça para julgá-lo”.

Observe-se que os órgãos do MP e o Relator, em momento algum, cogitaram de compor o Conselho com oficiais da reserva, pretensamente mais antigos do que o acusado. Como se vê, em consonância com a lei e o ensinamento da Corte Suprema, perfeitamente correta a decisão do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo (Apel. 5.142), rejeitando a preliminar de irregularidade na formação do Conselho Especial da 4ª Auditoria do Estado, reformada em má hora pelo STJ.

Se fosse adotado o denominado “juízo hierárquico”, para “não incidir na pena de quebra do princípio hierárquico”, estaria assegurada “a impunidade do oficial mais antigo, se não existisse outros de maior antiguidade para participar do conselho julgador”, ou “não teria um colegiado para julgá-lo”! (*conf.* RE 23.271 e Proc. Adm. 35.874, TJMSP, respectivamente) Ficaria impune!!!

Se o “mais moderno não pode julgar o mais antigo”, como afirma Vander Ferreira de Andrade; se “não é lícito aceitar que um coronel da reserva que foi superior hierárquico possa, apenas porque se encontra na reserva, ser julgado por subordinado que o alcançou no último posto”, segundo afirmação do STJ, como justificar a aplicação absoluta, do ‘juízo hierárquico’, exclusivamente na composição do órgão judicante de primeira instância, o Conselho Especial, e não, igualmente, no de segunda instância, o Tribunal de Justiça Militar?

Perante a Corte castrense, coronel da ativa ou inativo é julgado em grau de recurso, sem se cogitar do requisito de antiguidade, sem se questionar se o acusado está sendo julgado por Juiz Militar que foi seu subordinado hierárquico. O mesmo pode ser dito em relação à ação penal originária da competência do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. O coronel que tem a referida Corte castrense como foro privilegiado em razão da função (art. 81, I, da Constituição de São Paulo) é julgado pelo colegiado de segundo grau, independente da antiguidade dos Juízes ou do acusado. Não se pode excluir a possibilidade do julgamento em ação penal originária, como co-réu, do coronel cuja antiguidade exclua alguns ou todos os Juízes Militares do órgão judicante.

Se o “mais moderno não pode julgar o mais antigo”, “se não é lícito aceitar que um coronel da reserva que foi superior hierárquico possa ser julgado por

subordinado que o alcançou no último posto”, se a inobservância do denominado ‘princípio hierárquico’ constitui grave violação às normas processuais penais militares, acarretando a nulidade do processo com sentença transitada em julgado, fica a pergunta: qual o motivo de não se anular processos julgados no Tribunal de Justiça Militar do Estado, quando os Juízes Militares forem mais modernos, ou foram subordinados do acusado?

A investidura vitalícia dos Juízes Militares dos Tribunais de Justiça Militar, não os torna mais Juízes do que os Juízes Militares do Conselho Especial, com investidura temporária. Aqueles e estes são Juízes, realizando a prestação jurisdicional no âmbito da competência dos respectivos colegiados que integram.

Não se trata, evidentemente, de excluir o requisito de maior antiguidade dos membros do Conselho e sim, diante da impossibilidade do atendimento desse requisito, buscar a solução na jurisprudência. De acordo com os pareceres dos membros do MP e o voto do Relator, no RE 23.271, citado retro, o Conselho Especial pode ser composto por coronéis da ativa, mais modernos do que o acusado, coronel da ativa ou inativo, se não houver coronéis de maior antiguidade no serviço ativo. Com clareza, expôs o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no HC 10.904: “os coronéis mais modernos que compõem o Conselho Especial, exercem função jurisdicional, subordinando-se, tão-somente, à autoridade judiciária que lhe é superior (art. 36, § 2º, do CPPM)”.

Ao dispor que os integrantes das corporações militares são julgados por seus pares, sorteados dentre os de grau hierárquico superior ou igual ao do acusado, a lei tem em vista preservar a independência e a imparcialidade do Juiz Militar, e evitar graves danos à disciplina militar, caso o militar de posto inferior julgasse o militar de posto superior ao seu.

O processo de constituição do Conselho desenvolve-se nas seguintes fases: elaboração, pela autoridade militar, da relação dos concorrentes ao sorteio de Juízes Militares, constituída por oficiais de posto superior ao do acusado, ou na falta, de igual posto e mais antigos, ou na falta, de igual posto e de menor antiguidade; sorteio dos oficiais que constituirão o Conselho Permanente e o Conselho Especial, nos momentos indicados na lei; investidura na função de Juízes Militares, em sessão pública. A partir de sua investidura,

são Juízes Militares, são Juízes, integrantes temporários do órgão judicante. No exercício da função judicante, e em razão dela, os Juízes Militares não se encontram subordinados às autoridades militares, nem o acusado se encontra hierarquicamente subordinado aos membros do Conselho de Justiça. É acusado, sujeito de direitos constitucionalmente assegurados.

Conforme vimos retro, o único ato da autoridade militar, no processo de constituição do colegiado de primeiro grau, consiste, única e exclusivamente, na elaboração da relação dos oficiais em condição de concorrer ao sorteio. Nada mais. A lei não tolera interferência de qualquer autoridade do Poder Executivo nesse processo. Se houver interferência, aí sim, haverá nulidade, ou melhor, não se constituiu o órgão judicante. Não existiu processo, não existiu instrução, não existiu julgamento.

Para concluir. O art. 23 da Lei de Organização Judiciária Militar (Lei 8.457/1992), segundo o qual os “juízes militares que integrem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade”, refere-se, exclusivamente, à Justiça Militar federal na qual há oficiais de posto superior ao do acusado, para concorrerem ao sorteio de Juízes Militares, tendo em vista que os oficiais-generais são julgados originariamente pelo STM e não pelo Conselho Especial. Mais uma vez o legislador ignorou a Justiça Militar estadual, apesar da solução dada pelo STF, no citado RE 23.271, que não é lembrada pelos doutrinadores e julgadores.